



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3698

¿CUÁNTOS ABOGADOS SE NECESITAN PARA DETENER EL DESHIELO MUNDIAL?: EL DERECHO COMO INSTRUMENTO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

How many lawyers does it take to stop the global
meltdown: law as an instrument in the face of
climate change?

RICHARD O'DIANA ROCCA

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: a20060837@pucp.edu.pe

RESUMEN

El presente texto busca desarrollar las distintas posibilidades que el derecho ofrece para hacer incidencia sobre el derecho al medio ambiente y combatir el cambio climático. De esta forma, se presentan los compromisos climáticos y cómo estos son obligaciones que los Estados deben cumplir, el tema de la legislación ambiental vigente en el Perú, tanto la normativa positiva como aquella que no necesariamente resguarda el derecho al medio ambiente, y finalmente la posibilidad de utilizar el litigio estratégico tanto a nivel nacional como internacional para que sea la propia ciudadanía la que busque deshacer las situaciones

generadas por agentes estatales o privados que busquen afectar el derecho al medio ambiente.

Palabras clave: cambio climático; NDC; contribuciones determinadas a nivel nacional; ambición climática; derecho al medio ambiente; litigio estratégico.

ABSTRACT

This text seeks to develop the different possibilities that the law offers to influence the right to the environment and combat climate change. In this way, it presents the climate commitments and how these are obligations that States must comply with. Likewise, it studies the environmental legislation in force in Peru, both the positive legislation and that which does not necessarily protect the right to the environment. And, finally, we study the possibility of using strategic litigation at both the national and international level so that citizens themselves can seek to undo situations generated by state or private agents that seek to affect the right to the environment.

Key words: climate change; NDCs; nationally determined contributions; climate ambition; environmental law; strategic litigation.

Recibido: 30/06/2020 Aceptado: 21/07/2020

1. INTRODUCCIÓN

La muerte es eso a lo que, al menos en teoría, más le teme el ser humano. Por ello es que, sobre todo en tiempos de COVID-19, hemos tomado todas las medidas necesarias para sobrevivir un día más, con distinto nivel de resultados. A pesar de ello existe un fenómeno que amenaza mucho más nuestras vidas y que parecemos no considerar día a día: el cambio climático.

El cambio climático es aquel fenómeno mediante el cual la Tierra viene calentándose progresivamente debido a la cada vez

más feroz emisión de gases de efecto invernadero. Según data de la Organización Meteorológica Mundial (2019) del 2017 al 2018 la media mundial de dióxido de carbono (CO₂) aumentó, llegando a 407.8 partes por millón (ppm) en 2018 (cuando en el 2017 se llegó a 405.5 ppm). Prueba de ello es el objetivo del Acuerdo de París, tal vez el tratado sobre cambio climático más importante de la actualidad: se debe buscar mantener el aumento de la temperatura mundial «muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales».

El Acuerdo de París fue firmado en el año 2015, y cinco años después podemos decir que no se han dado pasos contundentes contra el cambio climático. De esta forma, la temperatura va en aumento y no parecemos tener en el horizonte algún evento determinante para frenar el cambio climático. Esto se da a pesar de que el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático¹ de las Naciones Unidas (IPCC, por sus siglas en inglés) ha señalado que el año 2030 es el «año de no retorno», que quiere decir que hasta esa fecha podemos implementar todas las reformas necesarias antes de que sea demasiado tarde. Queda poco tiempo.

El Perú no emite una gran cantidad de GEI (aproximadamente un 0.20 % a nivel mundial). A pesar de ello, alberga el 71 % de glaciares tropicales del mundo y es el segundo país con mayor cantidad de bosque amazónico en el mundo (Ministerio del Ambiente, s. a.). Por ello, es trascendental que nuestro país asuma compromisos climáticos claros. En este caso, se han dado diversos avances y retrocesos desde la legislación peruana, lo cual conlleva a pensar que a la lucha ambiental en el Perú se le puede aplicar el viejo dicho «borra con una mano lo que hace con la otra».

Más allá de los avances científicos y los estudios sociológicos, el cambio climático debe recibir una gran contribución por parte del derecho. Los compromisos climáticos se traducen en compromisos jurídicos, los cuales podemos exigir a los Estados frente a

1 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Calentamiento global de 1.5 °C (PNUMA, 2019).

órganos jurisdiccionales. Solo de esta forma podremos asegurar que los funcionarios cumplan los compromisos que trazan frente a la sociedad civil.

En este artículo buscaremos presentar una serie de compromisos y estrategias jurídicas para reivindicar el derecho al medio ambiente. El principal referente para graficar esta lucha jurídica frente al cambio climático son las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (en adelante NDC).

2. LAS NDC EN EL PERÚ

Las NDC son una de las herramientas más contundentes en materia de cambio climático. De esta forma, las NDC son los compromisos de reducción de gases de efecto invernadero que presentan los países firmantes del Acuerdo de París ante Naciones Unidas². Estos compromisos se traducen en una meta aritmética de reducción de gases. Las cifras van entre 15 % de reducción de los GEI hasta 50 % de reducción de dichos GEI.

En el caso del Perú, la NDC presentada en el año 2015 implica la reducción del 30 % de GEI para el año 2030. De esta forma, el Perú ya tenía un compromiso claro sobre la reducción de sus gases de efecto invernadero. La pregunta que quedaba era ¿cómo lo iba a lograr? Para ello, nos remitimos al Acuerdo de París.

En su artículo 4, el Acuerdo de París señala que los Estados partes «procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones». Las medidas de mitigación son justamente aquellas que se adoptan para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, como por ejemplo controlar los humos contaminantes de las fábricas o la deforestación. Lamentablemente, como vemos, el Acuerdo de París señala que los Estados «procurarán». Procurar, según la RAE (2022), es «hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa».

2 Puede encontrar las NDC presentadas por los países ante Naciones Unidas aquí: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>

Como vemos, el propio Acuerdo de París presenta una obligación de medios y no de resultados. Una «obligación de medios» compele a la persona obligada a agotar todos los medios para lograr un resultado, sin necesariamente incumplir su obligación si no logra el resultado esperado; en cambio, la «obligación de resultados» sí implica que el obligado logre el resultado, a toda costa. Ejemplo del primer tipo de obligación es la obligación del cirujano por salvar la vida de un herido de bala, mientras que ejemplo del segundo tipo es la obligación de un pintor de pintar la fachada de una casa.

El Acuerdo de París es muy débil para sostener que los Estados deben identificar medidas de mitigación suficientes para cumplir sus compromisos de las NDC. Esto, en el fondo, implica que el Acuerdo de París está vaciando de contenido la obligación de cumplir las NDC. Afortunadamente, el Perú sí logró identificar las medidas de mitigación para cumplir con sus NDC. Así lo hizo el Estado peruano en el año 2018 mediante el Grupo de Trabajo Multisectorial de naturaleza temporal encargado de generar información técnica para orientar la implementación de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (GTM-NDC). Este grupo de trabajo emitió un informe³ en el cual identificó 62 medidas de mitigación para cumplir con la meta de la NDC peruana. Pero esto último venía con dos trucos.

Un primer truco es que, en el mismo informe, el Estado peruano reconoce que las 62 medidas de mitigación no son suficientes para cumplir con el compromiso de reducción de 30 % de los GEI. Exactamente, se logrará reducir el 23.3 % de los GEI⁴. Esto representa ya un incumplimiento internacional, al estar el Estado incapacitado de cumplir con la obligación presentada ante Naciones Unidas de reducir 30 % de los GEI.

3 Grupo de Trabajo Multisectorial de naturaleza temporal encargado de generar información técnica para orientar la implementación de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas. Informe final (Lima, 17 de diciembre de 2018).

4 Grupo de Trabajo Multisectorial, Informe final.

La base para señalar este incumplimiento la encontramos en diversa normativa, como la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución o el artículo V del Código Procesal Constitucional, pero en especial nos apoyamos en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la cual señala que no podemos invocar cuestiones de derecho interno para incumplir obligaciones de tratados internacionales⁵.

El incumplimiento internacional del Estado se agrava cuando descubrimos que el Estado peruano solo se limitó a identificar medidas de mitigación, pero no a designar partidas presupuestales para el cumplimiento de estas. Toda medida de mitigación necesita antes del cumplimiento de condiciones habilitantes, que son aquellas medidas que permitirán que se cumplan las labores de mitigación. De esta forma, algunas condiciones habilitantes pueden ser las capacitaciones a funcionarios públicos o la inversión en maquinaria o equipos de logística.

Según una investigación del Movimiento Ciudadano frente al Cambio Climático (MOCICC), solo 16 de estas 62 medidas de mitigación cuentan con una evaluación económica completa (Ráez, 2019), mientras que solo 12 de las 63 condiciones habilitantes identificadas tienen presupuesto destinado para ser ejecutadas en su totalidad (O'Diana, 2019). Como vemos, el Estado peruano ha hecho bien en identificar las medidas que nos permitirán llegar a cumplir los compromisos de las NDC, pero lamentablemente no ha hecho lo mismo en materia presupuestal. Lo que deberíamos precisar de un Estado realmente comprometido con la lucha frente al cambio climático es poder sacar normas vinculantes donde se designe presupuesto específico para el cumplimiento de las NDC.

Dos años después de presentadas las NDC, no se han mostrado mayores avances en nuevas medidas de mitigación (que permitan

5 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados «27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

cumplir efectivamente el compromiso del 30 % de reducción de GEI) o en asignaciones de presupuesto lo suficientemente importante como para confrontar al cambio climático. Incluso durante la COP25, a finales del 2019, la ministra del Ambiente señaló que durante el 2020 la ambición climática (concepto técnico a través del cual se conoce a las NDC) aumentaría. Hasta mediados del 2020 no había novedades al respecto.

3. AVANCE NORMATIVO AMBIENTAL: LA LEY MARCO SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y SU REGLAMENTO

A los resultados mixtos de la experiencia peruana con las NDC debemos sumarle el devenir legislativo peruano. Y es que el Perú se convirtió en pionero del continente americano cuando en el año 2018 sacó su ley de medio ambiente, y al año siguiente sacó su reglamento.

La Ley n.º 30754, ley marco sobre cambio climático, fue promulgada en abril de 2018 luego de muchos años de preparación y debate. Se trata de una norma, en principio, positiva, debido a que contiene muchos aspectos loables para la lucha frente al cambio climático. En primer lugar, la Ley n.º 30754 ofrece una gran perspectiva en participación ciudadana en tiempos climáticos. Así lo señala en el principio de articulación ubicado en el artículo 2.6 de la ley, el cual es complementado por el principio de gobernanza climática, ubicado en el artículo 2.7. Este último asegura la participación efectiva de todos los actores en la toma de decisiones, el manejo de conflictos y la construcción de consensos.

Asimismo, la ley crea en su artículo 9 la Comisión Nacional sobre el Cambio Climático, la cual es un grupo conformado por distintas entidades del sector público y la sociedad civil para hacer seguimiento del cumplimiento de políticas públicas sobre cambio climático y los compromisos internacionales que ha adoptado el Perú. Actualmente, se viene negociando con el Ministerio

del Ambiente el número de entidades representativas por sector que conformarán este grupo (a los ministerios del Poder Ejecutivo hay que sumar a representantes de los pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de temas de género, sector empresarial, entre otros).

Incluso el artículo 11 de la ley va más allá y le permite a la sociedad civil y los pueblos indígenas la posibilidad de recomendar acciones de adaptación y mitigación. Si bien se reconoce esta disposición de la norma, lo ideal hubiera sido que a ambos sectores se les reconozca no solo la posibilidad de recomendar estas medidas claves (sobre todo las de mitigación), sino además la posibilidad de formar parte del grupo que efectivamente propone estas medidas, la cual es la Comisión de Alto Nivel de Cambio Climático (creada en el artículo 10 de la ley).

Finalmente, sobre el tema de participación ciudadana, la Ley n.º 30754 señala que las autoridades competentes tienen la obligación de brindar información «oportuna, adecuada y continua» al público en general. Asimismo, la norma señala que se debe tener en cuenta el enfoque intercultural a la hora de entregar la información pública y lo estipulado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Otro avance de la Ley n.º 30754 es el del enfoque transversal, en el que la responsabilidad de tomar medidas concretas contra el cambio climático no es solo del ente rector (Ministerio del Ambiente), sino además de todos los diversos sectores que conforman el Estado, tanto carteras ministeriales que forman el Poder Ejecutivo como otros poderes del Estado.

De esta forma, la ley señala en su artículo 7 todas las labores de las autoridades sectoriales. Dentro de estas se encuentran, por ejemplo, diseñar, implementar y monitorear políticas públicas en materia de cambio climático y NDC.

Justamente, uno de los principales aciertos de la Ley n.º 30754 es el reconocimiento explícito de las NDC como uno de los instrumentos de gestión integral para el cambio climático (artículo 12).

Además, esta ley define a las NDC, señalando que deben comprender metas de mitigación y adaptación y que se procure el aumento progresivo de las metas propuestas. Como vimos en el punto anterior de este texto, esto último representa uno de los principales retos de la lucha climática en el Perú.

Pero si bien la Ley n.º 30754 tiene puntos favorables y contrarios, la norma que termina creando muchas expectativas favorables en relación con el cambio climático es su reglamento: el Decreto Supremo n.º 013-2019-MINAM. Dicha norma presenta varias indicaciones importantes en materia, sobre todo, de participación ciudadana en cambio climático.

De esta forma, el reglamento establece competencias claras para todos los niveles de gobierno, tanto sectorial como regional y local. Al Ministerio del Ambiente, que es la autoridad nacional sobre cambio climático, se le encarga la elaboración de la Estrategia Nacional de Cambio Climático (ENCC) y la elaboración y aprobación de los lineamientos para la Estrategia Regional de Cambio Climático (ERCC) y el Plan Local de Cambio Climático (PLCC), así como la rendición de cuentas al Congreso y a la Contraloría sobre las NDC y la difusión cada cinco años de las medidas de mitigación y adaptación propuestas por la Comisión de Alto Nivel de Cambio Climático (CANCC).

Sobre los diversos sectores (ministerios), estos reciben el encargo de diseñar y definir las medidas de mitigación y adaptación que les corresponda, además de monitorear y reportar el avance de estas. Finalmente, tienen que garantizar espacios participativos a actores no estatales en la formulación y el monitoreo de las políticas y proyectos que incorporen sus medidas de mitigación y adaptación.

Sobre los gobiernos regionales, se le encarga la elaboración, la aprobación (mediante ordenanza), la evaluación y la actualización de la ERCC, de conformidad con la ENCC y las NDC. Además, debe incorporar las medidas de mitigación y adaptación de la ERCC en sus distintos planes e instrumentos de inversión y presupuestales. Se señala que se debe garantizar espacios

participativos efectivos, oportunos y continuos en los procesos de formulación, monitoreo, evaluación y actualización de las ERCC. Finalmente, se indica que en las ERCC que se desplieguen en tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios deben incorporarse los planes de vida de estos pueblos.

Sobre los gobiernos locales, se les encomienda la elaboración, la aprobación, la evaluación y la actualización de sus PLCC, de conformidad con la ERCC, la ENCC y las NDC. Además, debe incorporar las medidas de mitigación y adaptación en sus distintos planes operativos y presupuestales. Finalmente, se debe garantizar espacios participativos efectivos, oportunos y continuos en los procesos de formulación, monitoreo, evaluación y actualización de sus PLCC.

Como vemos, un gran avance del reglamento es la garantía plena de participación ciudadana en la elaboración de todos los instrumentos de cambio climático, haciendo énfasis en la participación culturalmente apropiada de los pueblos indígenas u originarios y el enfoque de género (que no estaba como principio en la Ley Marco de Cambio Climático). Se hace mucho énfasis en la participación de los pueblos indígenas u originarios, a través de sus organizaciones representativas y garantizando su identidad, sus costumbres, sus conocimientos y sus prácticas ancestrales. Dentro de ello, se creó la Plataforma de Pueblos Indígenas como órgano principal de participación de los pueblos indígenas u originarios.

El otro gran avance que presenta el reglamento es lo referido a las NDC. De esta forma, el reglamento presenta diversas precisiones que no se encontraban ni en la Ley Marco sobre Cambio Climático ni en los informes del Grupo de Trabajo Multisectorial. El reglamento señala que cada cinco años, mediante resolución ministerial, la autoridad nacional difunde las medidas de mitigación y adaptación para cumplir las NDC. Además, se establece específicamente que por cada período de actualización de las NDC se incrementan progresivamente las metas de mitigación y adaptación, considerando las propuestas de los pueblos indígenas u originarios.

Algo que se criticó del informe del Grupo de Trabajo Multisectorial que identificó las medidas de mitigación y adaptación es que no se señalaban claramente indicadores, plazos, presupuesto y entidades responsables. Esta preocupación ha sido parcialmente subsanada por este reglamento, el cual señala que las medidas de mitigación deben contar, mínimamente, con una línea de base de emisiones y remociones de GEI, información referencial de los costos y las prácticas y costumbres de los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, se le indica al Minam la tarea de difundir cada cinco años reportes sobre los avances de las medidas de mitigación y adaptación, los cuales deben contar con información sobre instituciones responsables, períodos de ejecución y meta cuantificable.

Finalmente, se creó el Sistema para el Monitoreo de las Medidas de Adaptación y Mitigación, que realizará el seguimiento y el reporte del avance de implementación de las medidas de mitigación y adaptación. Este se encontrará a cargo del Minam.

4. RETROCESO NORMATIVO AMBIENTAL: LOS «PAQUETAZOS» Y LA REACTIVACIÓN

Lamentablemente, normas positivas como la ley marco de cambio climático y su reglamento encuentran una contradicción en el propio gobierno. Esta contradicción es generada por todo un cúmulo de paquetes normativos presentados tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo y que son contrarios a la protección del medio ambiente.

Una de estas normas dañinas con el medio ambiente es la Ley n.º 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, del año 2014. De esta forma, el artículo 19 de esta ley le impuso al Organismo de Fiscalización y Evaluación Ambiental (OEFA) que privilegiara las acciones de prevención y corrección por sobre las multas, las cuales no podían ser superiores al 50 % del monto total de las multas salvo casos de grave daño real y muy grave a la vida y a la salud.

Asimismo, la mencionada ley establece en su artículo 12 que los montos establecidos por las multas ya no constituirán recursos del OEFA, sino que irán al tesoro público, debilitando los ingresos del máximo fiscalizador ambiental. Finalmente, el artículo 22 de la ley estableció que ni la Zonificación Económica Ecológica ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso. Esto último resulta jurídicamente inaudito, ya que le resta la esencia al ordenamiento territorial de demarcar usos de territorios que excluyen determinadas actividades en beneficio de la protección de flora o fauna.

Pero no tenemos que ir muy lejos para detectar un caso de una norma que tiene afectaciones ambientales. En medio de este contexto actual por la COVID-19, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República facultades específicas para poder legislar en distintas materias. Uno de estos rubros es el de las actividades referidas a proyectos de inversión.

De esta manera, el Poder Ejecutivo emitió en mayo de 2020 el Decreto Legislativo n.º 1500, que establece medidas especiales para reactivar, mejorar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión pública, privada y público privada ante el impacto de la COVID-19. En esta norma se establecen una serie de medidas que flexibilizan estándares de las actividades privadas (muchas de ellas actividades extractivas) y que podrían atentar contra el medio ambiente.

Un ejemplo es lo que regula este decreto legislativo en su artículo 6, donde se establece que los mecanismos de participación ciudadana en procedimientos de inversión pública o privada se realizarán a través de medios electrónicos, virtuales o afines. Esto puede aparentar ser una medida adecuada para estos tiempos de cuarentena y encierro preventivo, pero que resulta peligroso si consideramos que los proyectos extractivos suceden muchas veces en territorios de comunidades nativas o campesinas y donde el internet escasea o no tiene tan buena señal de recepción.

Finalmente, el Decreto Legislativo n.º 1500 establece en su artículo 7.1 que se exonera a los administrados que llevan a cabo

estos proyectos de inversión a que realicen trabajos de campo para presentar sus reportes o monitoreos exigidos por ley. Nuevamente, esto es un riesgo latente, ya que son trabajos de campo los elementos más precisos para realmente sopesar los posibles impactos que los proyectos pueden tener en la naturaleza o en el territorio de las comunidades nativas o campesinas.

5. UNA ESPERANZA JURISDICCIONAL: EL LITIGIO ESTRATÉGICO AMBIENTAL

La situación fáctica es apremiante, pero ello no quiere decir que nos quedemos cruzados de brazos. Tenemos que reivindicar el derecho al medio ambiente a nivel jurisdiccional. Para ello importa considerar que este derecho se encuentra positivizado dentro de los derechos fundamentales de la Constitución de 1993.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

De esta forma, a través del litigio estratégico podemos emprender la defensa judicial de este derecho. Esto a través de la acción de amparo (artículo 200.2 de la Constitución de 1993). La reivindicación de los derechos fundamentales mediante los casos ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional es una forma adecuada de poder buscar la satisfacción de dichos derechos o buscar revertir una situación contraria a la defensa de este derecho.

Similar estrategia han adoptado otros grupos en condiciones de vulnerabilidad que quieren reivindicar sus derechos. De esta forma, tanto los grupos feministas, como el colectivo LGTBQI y los pueblos indígenas han judicializado sus luchas para poder reivindicarlas, sin necesidad de esperar algún trámite de parte del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Hablamos un poco de la reivindicación jurídica de este último grupo.

En el Perú, los pueblos indígenas han luchado mucho para buscar la reivindicación de sus derechos. A pesar de estar vigente desde 1995, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado máximo sobre derechos de los pueblos indígenas, demoró en calar en el debate sociojurídico en el Perú. De esta forma, se produjeron múltiples violaciones de pueblos indígenas en forma de actividades extractivas.

Los casos más reconocidos en materia de litigio estratégico con respecto a los derechos de los pueblos indígenas son el caso del lote 116 y el caso de Hidrovía Amazónica. El caso del lote 116 es de particular importancia, pues tiene implicancias gravitantes sobre el tema de la protección al medio ambiente.

El caso del lote 116 representa un hito para la lucha jurisdiccional por los derechos de los pueblos indígenas. Este lote fue otorgado en el año 2006 en adjudicación para su explotación petrolera. El lote 116 está ubicado en la cuenca del Marañón, provincias de Condorcanqui y Bagua de la región Amazonas, y una parte menor en la región Loreto, provincia Datem del Marañón. Se encuentra en la precordillera andina peruana, que cuenta con un importante potencial de hidrocarburos.

El lote se superpone sobre el territorio ancestral y titulado de los pueblos indígenas awajún y wampis; dentro del lote 116 se encuentran ubicadas aproximadamente 73 comunidades, de las cuales 3 (entre ellas, Kashap) trabajan directamente vinculadas a las empresas petroleras.

Además, el lote se superpone a dos Áreas Naturales Protegidas: la Zona Reservada Santiago Comaina (en el 36.6 % de su extensión) y la Reserva Comunal Tuntanain (en el 48.5 % de su extensión). El lote 116 tiene una superficie total de 658 879.677 hectáreas.

En 2006, el Gobierno peruano suscribió el contrato de licencia de exploración y explotación del lote 116. Hoy, el lote 116 es operado por la empresa Pacific Stratus Energy-Perú⁶, la cual tiene

6 Pacific Stratus Energy es 100 % sucursal de la empresa canadiense Pacific Rubiales y es la misma que obtuvo últimamente la licencia de explotación del lote 192.

la adjudicación del lote junto con la empresa Maurel et Prom (empresa francesa). Pacific Rubiales realizaba actividades de exploración en la Plataforma DOM-1 ubicada en la comunidad de Kashap del Alto Marañón, en la cual se almacenaban residuos y químicos.

El proyecto del lote 116 presentaba una serie de afectaciones al medio ambiente, muchas de ellas recogidas en su Estudio de Impacto Ambiental (EIA). De esta forma, el EIA del lote 116 indicaba que la perforación del pozo requeriría de diferentes clases de sustancias e insumos que se utilizarían para la preparación del lodo de perforación (base agua). Al respecto el EIA indica que

El lodo consistirá de un sistema a base de agua fresca con un gel/polímero, se utilizarán componentes que presenten el menor riesgo posible al ambiente y maximicen la eficiencia de la perforación [...] los productos químicos que se usarán para preparación del lodo, los cuales son amigables al medio ambiente, no tóxicos.

Asimismo, el EIA recogía como anexos las hojas de datos de seguridad para los insumos y otros químicos que serán usados en el proyecto. El análisis de la información contenida en dichas hojas demuestra que estos químicos no se pueden considerar amigables con el ambiente, ni con la salud de las personas por las siguientes razones: son elementos corrosivos e inflamables; representan un comprobado peligro para la fauna; representan un potencial para generar riesgos a la salud, como quemaduras de ojos o la piel e incluso tienen el potencial de causar cáncer; son caracterizados como residuos peligrosos o con el potencial de ser peligrosos.

El EIA establecía que la perforación de dos pozos petroleros desde la plataforma DOM generará 126 toneladas de residuos (84 toneladas de residuos en la locación de perforación y 45 toneladas de residuos en la locación Campamento Base Ciro Alegría), de los cuales 23 toneladas son caracterizadas como residuos peligrosos. Así también el EIA señalaba que los lodos de perforación serán separados en fase líquida y sólida previamente a su tratamiento y disposición fuera del lote petrolero (a través de una

Empresa Prestadora de Servicios de Residuos Sólidos. No existen empresas prestadoras de servicio de residuos sólidos, a pesar de que no existen EPS-RD autorizadas por DIGESA en Amazonas) o en el territorio indígena.

El almacenamiento y el desecho de residuos contaminantes eran los principales problemas del lote 116. Los residuos peligrosos y no peligrosos están siendo almacenados en las instalaciones de la plataforma y en el campamento base. Es necesario señalar que algunos de los químicos contenidos en los residuos peligrosos no pueden ser dispuestos en rellenos industriales, pues por su alta toxicidad requieren ser incinerados.

El EIA del lote 116 proyecta además que 10 601 barriles que contienen suelo contaminado con metales pesados que son nocivos para la salud y el ambiente serían depositados en los suelos de los territorios indígenas de las comunidades awajún. La empresa no pudo subsanar la observación planteada por el Minem sobre qué método utilizará para la remediación de metales pesados (bario, arsénico, cadmio, cromo, plomo y mercurio) en los cortes de perforación, ya que el *landfarming* disminuye las concentraciones de hidrocarburos y aceite, pero es inefectivo para reducir concentraciones de metales pesados. Finalmente, el Minem absolvió esta observación y el EIA fue aprobado.

En el EIA se establece que en la actividad petrolera se generarán al día 120 barriles de efluentes domésticos y 220 barriles de efluentes industriales. A través de la Resolución Directoral 149-2012-ANA-DGCRH, el ANA autorizó el vertimiento del agua residual industrial tratada en la microquebrada S/N 2, mientras que mediante Resolución Directoral 150-2012-ANA-DGCRH autorizó el vertimiento del agua residual doméstica tratada en la microquebrada S/N 3. Ambas quebradas alimentan a la quebrada Atsakus.

Las actividades petroleras del lote 116 afectan el suelo (se removieron 70 000 metros cúbicos de tierra para la construcción de la plataforma DOM-1) y generan deforestación. Esto, sumado a la contaminación del agua que destruye colpas (centros donde

se reúnen animales para beber y alimentarse) y la generación de ruidos por maquinaria y helicópteros genera ahuyentamiento de la fauna silvestre.

En el año 2015, Pacific presentó el plan de abandono y se retiró de la comunidad Kashap. Desde mayo de 2016, el lote 116 se encuentra en estado de «fuerza mayor». Al 2017, la empresa Pacific se retiró del lote 116, aduciendo problemas sociales para implementar el proyecto.

Los pueblos indígenas buscaron replantear la situación a nivel jurídico. En agosto de 2014, representantes de los pueblos awajún y wampis presentaron una demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas y Perupetro. En dicha demanda, los pueblos awajún y wampis pidieron la nulidad tanto del Decreto Supremo 066-2006-EM (que adjudica el lote 116) como de la Resolución Directoral 283-2011-MEM/AAE (que aprobó el estudio de impacto ambiental de la exploración de hasta dos pozos exploratorios). La razón de la demanda fue que ambos instrumentos no habían sido sometidos a procesos de consulta previa, tal cual mandaba el Convenio 169 de la OIT.

Recién en marzo de 2017 el Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia Lima declaró fundada la demanda, y estableció la nulidad de ambas resoluciones ante la no realización de una consulta previa. El Estado peruano decidió apelar esta sentencia.

Es en agosto de 2018 que llega la sentencia de segunda instancia y definitiva. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia de primera instancia, y estableció el mismo argumento de que la consulta previa es vinculante desde febrero de 1995. Lamentablemente, esta sentencia de segunda instancia no anula la resolución que adjudica el lote, sino que suspende sus efectos hasta que se realice la consulta previa.

Con esta sentencia confirmatoria se logró detener un lote petrolero que causaría un gran daño al medio ambiente. Como vemos, a nivel judicial se puede avanzar con la defensa del medio ambiente

y debería ser una herramienta que utilizemos de manera más seguida. El litigio estratégico debería ser uno de los caminos que señalemos para reivindicar derechos fundamentales, ya que permite un mejor avance que cualquier otro campo (reglamentos del Poder Ejecutivo o leyes del Poder Legislativo). Pero no es la única forma.

6. LA INCIDENCIA INTERNACIONAL: EL DERECHO AMBIENTAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ofrecido a lo largo de su jurisprudencia y análisis de casos una defensa férrea de derechos humanos en Latinoamérica. Esto destacó especialmente contra los múltiples regímenes que violentaron derechos humanos de la ciudadanía latinoamericana.

De esta forma, los órganos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) han hecho avanzar mucho la lucha de los derechos humanos. La Corte analiza casos jurisdiccionales sobre la base de las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos (llamada también Pacto de San José). Este tratado de derechos humanos regula generalmente derechos humanos de primera generación (vida, integridad, propiedad, entre otros).

Debido a esto último, no se han visto todavía casos sobre violación al medio ambiente en la Corte IDH. Esto no ha sido óbice para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos haya tratado en diversas instancias el tema de las violaciones al derecho al medio ambiente. A continuación, dos ejemplos concretos de las acciones implementadas por dicho sistema sobre el derecho al medio ambiente.

En primer lugar, la opinión consultiva de la Corte IDH de noviembre de 2017 sobre derecho al medio ambiente, a solicitud

del Estado de Colombia. Como señalamos anteriormente, el derecho al medio ambiente no está tal cual en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que la Corte IDH conecta este derecho a los derechos a la vida y a la integridad personal para poder dar desarrollo a la presente opinión consultiva. De esta forma, la Corte IDH (2017) habla de «interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el derecho sostenible» (párr. 54).

Esta precisión de la Corte IDH es clave para determinar por qué esta instancia es la encargada de pronunciarse sobre el derecho al medio ambiente. El derecho al medio ambiente está dentro del Protocolo de San Salvador⁷, el cual solo permite que se denuncie ante la Corte IDH casos referidos a los derechos sindicales o derecho a la educación⁸. Pero la conexión del derecho al medio ambiente con otros derechos humanos permite que la Corte IDH se pronuncie sobre diversas afectaciones al medio ambiente.

Una vez resuelta la competencia de la Corte IDH (2017) para dar una resolución sobre este derecho, el máximo órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos entra a dos puntos de fondo. En primer lugar, se señala que el derecho al medio ambiente tiene una afectación tanto individual como colectiva (párr. 59). La dimensión colectiva se refiere a un interés universal, tanto de generaciones presentes como de generaciones futuras, mientras que la dimensión individual tiene que ver con

7 Protocolo de San Salvador: Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

8 Protocolo de San Salvador

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

la conexión del derecho al medio ambiente con otros derechos como la vida, la salud o la integridad.

En segundo lugar, la Corte IDH (2017) señala que la afectación al derecho del medio ambiente se da con mayor intensidad en ciertos grupos vulnerables (párr. 67). Esto remarca que si bien una afectación al medio ambiente nos afecta a todos (en una ciudad, un país o el mundo entero), esta afectación no se da en todos los grupos de la misma manera. El cambio climático afecta de modo distinto a diferentes grupos, los grupos en situaciones de poder/control (desde factores étnicos hasta factores dinerarios) son los mejor preparados para confrontar los estragos del cambio climático.

Dentro de las conclusiones de esta opinión consultiva, la Corte IDH (2017) señala que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben asegurarse de que su territorio no sea utilizado para que se cause algún daño significativo y que los Estados tomen medidas para evitar que actividades en su territorio afecten los derechos de las personas (párr. 104).

Esta opinión consultiva constituye la primera vez en la que la Corte IDH hace referencia al derecho al medio ambiente, y debe ser considerado dentro del tratamiento jurisprudencial de este derecho fundamental. Este tratamiento viene mejorando cada vez a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Prueba de ello es la audiencia sobre Cambio Climático llevado a cabo en el 173.º período de sesiones de la CIDH, llevado a cabo en septiembre de 2019.

Dentro de los pedidos (Albar et al., 2020) hacia la CIDH de las entidades solicitantes (entre las que encontramos organizaciones de casi diez países latinoamericanos) está el incorporar a su mandato a la crisis climática como asunto prioritario, impulsar peticiones y medidas cautelares relacionadas con el cambio climático, exigir protección a los defensores ambientales y exhortar a los países a diseñar NDC más ambiciosas para el año 2020. Como

vemos, a nivel interamericano, el tema del cambio climático y la defensa del derecho ambiental se han convertido en una prioridad.

7. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el derecho ofrece múltiples oportunidades para poder reivindicar el derecho al medio ambiente, tanto a nivel de compromisos internacionales como a nivel de litigio estratégico nacional. Esto debe motivar a que los abogados y las abogadas revisemos nuestra preparación y aportemos desde nuestro campo a la búsqueda de un mejor planeta.

En referencia a los compromisos climáticos, las NDC son un compromiso ineludible para los Estados, que conminan a estos a reducir la emisión de sus gases de efecto invernadero. Lo que debemos priorizar ahora es el cumplimiento de medidas de mitigación interna y el destino de presupuesto a dichas medidas para concretar los compromisos de las NDC.

Sobre la normativa ambiental, hemos visto que el marco institucional peruano es adecuado, contando con un Ministerio del Ambiente y la ley marco sobre cambio climático (y su reglamento). Lamentablemente, encontramos normativa contraproducente, ya que tenemos ejemplos de normas concretas que buscan flexibilizar estándares ambientales que teóricamente buscan beneficiar las inversiones y la reactivación económica.

Finalmente, en lo referido al litigio estratégico, es factible en vía nacional e internacional poder iniciar procesos jurisdiccionales contra acciones que buscan afectar el derecho al medio ambiente. Los principales avances se dan justamente en tribunales como el Poder Judicial o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo esto demuestra que, al menos en materia ambiental y de cambio climático, los abogados y las abogadas tenemos mucho por hacer.

REFERENCIAS

- Albar, M., Auz, J., Bautista, J., Bustos, C., Carballo, J. M., Castillo, V., Medici-Colombo, G., Lavayen, A. M., Martínez, A., Médici, G., Pineda, C. y Tan, J. (2020). *Cambio climático y los derechos de mujeres, pueblos indígenas y comunidades rurales en las Américas*. Fundación Heinrich Böll.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, 25 de septiembre). *Regional: Cambio climático DESCA de mujeres, indígenas y comunidades rurales* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=THZYEPeytm0&list=PL5QlapyOGhXv6HBC1inn6DjTfDd4-7Rbx&index=20>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2017). Opinión Consultiva OC-23/17. 15 de noviembre de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2017). Expediente n.º 32365-2014. Lima: 28 de marzo de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima (2018). Expediente n.º 32365-2014-0-1801-JR-CI-04. Segunda Sala Civil. Lima: 3 de marzo de 2018. https://es.scribd.com/document/386651171/Rsol-32365-2014-0-1801-JRCI-04#download&from_embed
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (2019). *Calentamiento global de 1,5 °C*. PNUMA.
- Ministerio del Ambiente (s. a.). Perú, país de bosques. <http://www.minam.gob.pe/programa-bosques/peru-pais-de-bosques/>
- O'Diana, R. (2019). *Contribuir para tener más tiempo: análisis legal y estado de avance de las NDC en el Perú*. MOCICC.
- World Meteorological Organization (2019, 25 de noviembre). *Greenhouse Gas Bulletin*, (15).
- Ráez, E. (2019). *Cambio climático en el Perú: contribuciones nacionales, su definición y estado de avance*. MOCICC.